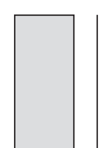
CUERPO SUPERIOR DE TÉCNICOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL (CASO PRÁCTICO)

Núm. 61/2006



CAROLINA BELINCHÓN DÍEZ
Técnico de la Administración de la Seguridad Social

DANIEL GARCÍA SÁNCHEZ
Técnico de la Administración de la Seguridad Social

Extracto:

El presente caso práctico reproduce el enunciado del supuesto correspondiente al cuarto ejercicio del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social del año 2005. En él se efectúa un análisis de las cuestiones derivadas del planteamiento, incorporando la fundamentación jurídica de la respuesta.

ENUNCIADO

SUPUESTO 1

La empresa «INTERAUTO, S.L.», que tiene como objeto social la fabricación de asientos y retrovisores para diversas marcas de coche, cuyo centro de trabajo y sede social está ubicada en la calle Leganitos, n.º 44, de Alcorcón (Madrid), contaba con una plantilla estable hasta el 31 de octubre de 2005 de 143 trabajadores. Durante los diez primeros meses del ejercicio 2005, la empresa únicamente había ingresado la cuota obrera y cuotas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales (correspondientes a los salarios de los meses de enero a octubre de dicho año), dejando pendiente de pago el resto de las cuotas a liquidar por tales mensualidades. La cantidad mensual adeudada por cada uno de esos períodos asciende, en concepto de principal, a 30.000 euros, habiéndose notificado providencia de apremio por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) por todos los períodos en distintas fechas, la primera el 15 de junio de 2005. En fecha 30 de septiembre de 2005 se ha emitido diligencia de embargo de la maquinaria de la empresa, habiéndose convocado subasta para el próximo día 15 de abril de 2006. Los trabajadores han sido dados de baja en la Seguridad Social con fecha 31 de octubre de 2005.

El día 15 de mayo de 2005 don Jacinto Céspedes Barral, trabajador de «INTERAUTO, S.L.», es despedido sin que hubiera disfrutado de sus vacaciones reglamentarias, llegándose a un acuerdo de conciliación sobre la improcedencia del despido, pasando a continuación a solicitar la prestación de desempleo.

El 1 de junio de 2005, la empresa «INTERAUTO, S.L.», es declarada en concurso por Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid.

Con fecha 1 de noviembre de 2005, la empresa «NEW INTERCAR, S.L.», presenta la inscripción como empresa en la TGSS, acompañando los partes de alta de 140 trabajadores, de los cuales 130 prestaron servicios para «INTERAUTO, S.L.», y los 10 restantes fueron objeto de nueva contratación. En las escrituras de constitución y en los estatutos figura como objeto social la realización de «trabajos auxiliares para el sector de la automoción» y en su artículo 2 se fija como domicilio social la planta segunda del número 44 de la calle Leganitos, de Alcorcón (Madrid).

En las escrituras de constitución aparece como administrador único de la empresa «NEW INTERCAR, S.L.», don Ramiro Pascual Torpe, siendo titular del 60 por 100 del capital social. Exa-

minado el Sistema Informático de la Seguridad Social aparece desde el día 1 de marzo de 2006 dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS), al haberse aportado un contrato de alta dirección.

Don Iker Pascual de la Torre, hijo de don Ramiro Pascual Torpe, y abogado en un despacho profesional, el día 15 de marzo de 2006 comparece ante la Administración de la TGSS, manifestando ser representante de la empresa «NEW INTERCAR, S.L..», don Iker Pascual solicita información sobre la forma de regularizar las deudas de la empresa con la Seguridad Social, así como sobre su propio encuadramiento en la Seguridad Social.

Cuestiones supuesto 1.

Ante los hechos descritos en el supuesto 1, se solicita informe razonado sobre las siguientes cuestiones:

1. ¿Podría reclamar la TGSS las cuotas impagadas de «INTERAUTO, S.L.», a «NEW INTERCAR, S.L.»? En caso afirmativo, acto administrativo de liquidación, deuda a reclamar (no es necesario especificar importe de la misma, siendo suficiente explicar su composición) y medios de impugnación.
2. ¿Tiene alguna incidencia la existencia del procedimiento concursal sobre la iniciación y el desarrollo del procedimiento de apremio seguido contra «INTERAUTO, S.L.»?
3. ¿Se deben abonar las vacaciones de don Jacinto Céspedes y cotizar por ellas a la Seguridad Social?
4. ¿Es correcto el encuadramiento de Ramiro Pascual? Actuaciones administrativas que proceden.
5. El funcionario actuante, ¿puede dar a don Iker Pascual la información solicitada?

SUPUESTO 2

De otra parte, don Luis Pascual Torpe, hermano del anterior y nacido el 30 de octubre de 1943, trabaja en la empresa «RUIFER, S.A.», mediante un contrato fijo a jornada completa, desde 1963. Con fecha 30 de octubre de 2005, negocia con la empresa la transformación del contrato de trabajo en un contrato a tiempo parcial, realizando el 15 por 100 de la jornada que venía realizando anteriormente; al tiempo, solicita de la Seguridad Social la correspondiente pensión de jubilación parcial. La empresa contrata un trabajador procedente del desempleo, don Ángel García, con la misma categoría profesional que el señor Pascual, para suplir la jornada dejada vacante por éste. Hasta el momento de su pase a la jubilación parcial, don Luis Pascual tenía una base de cotización de 2.450 €/mes; a partir del pase a la situación de jubilado parcial, la empresa comienza a cotizar por don Luis por una base de cotización de 1.100 €/mes.

El 31 de diciembre de 2005, don Luis Pascual sufre un accidente de trabajo, a causa de una caída desde un andamio, que carecía de las obligatorias barreras de protección, accidente cuyas consecuencias se agravaron por el hecho de que el señor Pascual no llevaba puesto el casco, a pesar de la expresa orden de la empresa a los trabajadores de llevar, en todo momento y mientras se permaneciese en el centro de trabajo, el citado casco. A consecuencia del accidente, el trabajador fallece.

El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) inicia un expediente de responsabilidad por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, con la imposición del correspondiente recargo de prestaciones. En la fase de alegaciones, la empresa comunica al INSS que la propuesta de resolución ha de ser dirigida a la aseguradora «COMPAÑÍA, S.A.», con la que tiene suscrita una póliza para cubrir todas las consecuencias económicas derivadas de los accidentes laborales que puedan producirse.

Como consecuencia de la muerte de don Luis, la empresa procede al despido de don Ángel García.

Don Luis Pascual estuvo casado con doña Esther Moreno, desde el 1 de enero de 1968 hasta el 31 de diciembre de 1983, fecha en que el matrimonio se disolvió por divorcio. Ambos tienen un hijo en común, Pedro Pascual Moreno, de 34 años, al que en 1989 se le reconoció un grado de minusvalía del 70 por 100, percibiendo desde entonces una pensión por invalidez no contributiva.

Doña Esther Moreno fue trabajadora por cuenta ajena en una empresa textil, entre 1960 y 1968, cesando en el trabajo al contraer matrimonio. Doña Esther nació el 22 de marzo de 1941.

Con fecha 1 de enero de 1990, don Luis Pascual contrajo matrimonio con Teodora Andúrez de la que se separó legalmente el 31 de diciembre de 2003. El matrimonio tenía dos hijos, María, de 21 años y estudiante, y Carlos, de 19 años y trabajador por cuenta ajena, con un salario de 6.200 €/año. Además, vivían con don Luis Pascual su madre y su hermana, esta última con una edad de 60 años y viuda.

Cuestiones supuesto 2.

Teniendo en cuenta los hechos descritos, se solicita informe razonado sobre los siguientes extremos:

1. Análisis de la situación de don Luis Pascual y don Ángel García, así como de la empresa durante la vigencia del contrato de relevo y del contrato a tiempo parcial del relevista.
2. ¿Es procedente el recargo de prestaciones? En caso afirmativo, ¿quién sería responsable del mismo?
3. Derechos a pensión de Seguridad Social de doña Esther Moreno y de doña Teodora Andúrez.
4. Con excepción de las indemnizaciones a tanto alzado y/o de cuantía única, derechos a prestaciones de Seguridad Social de los demás familiares de don Luis Pascual.

SOLUCIÓN

SUPUESTO 1

1. ¿Podría reclamar la TGSS las cuotas impagadas de «INTERAUTO, S.L.», a «NEW INTERCAR, S.L.»? En caso afirmativo, acto administrativo de liquidación, deuda a reclamar (no es necesario especificar importe de la misma siendo suficiente explicar su composición) y medios de impugnación.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.203 del Código Civil, las obligaciones pueden modificarse sustituyendo a la persona del deudor o subrogando a un tercero en los derechos del acreedor.

Este fenómeno es imposible, en la esfera laboral, en cuanto a la identidad del trabajador. El carácter personal estricto de la obligación principal asumida y realizada por el trabajador en la relación laboral diferencia claramente su posición respecto de la de otros deudores en relaciones jurídicas distintas, y el cambio de esa persona significaría la extinción del contrato de trabajo.

Algo muy diferente ocurre del lado del empresario, pues es perfectamente posible operar una sustitución de la persona que ocupa tal posición, manteniendo la misma relación jurídica nacida del contrato y su contenido de derechos y obligaciones, tal como prevé y regula el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET).

Al ceñirnos al supuesto práctico planteado, debemos señalar en primer lugar que la empresa «NEW INTERCAR,S.L.», no sólo tiene como objeto social una actividad que podríamos equiparar a la que figuraba como tal en «INTERAUTO, S.L.», sino que la mayor parte de los trabajadores de la primera ya prestaban servicios para esta última; a lo que unimos el que, a tenor del enunciado, ambas presentan el mismo domicilio social.

Por tanto, todos estos indicios dan a entender que se trata de un supuesto de sucesión (*inter vivos*) en la titularidad de la explotación, industria o negocio, recogido en el mencionado artículo 44 del ET; la propia Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1990 establece que el supuesto de hecho del artículo 44 del ET sí se da cuando se comprueba una continuación en la explotación, y a pesar de que los interesados hayan creado una apariencia de discontinuidad.

El artículo en cuestión dispone que el cambio de titularidad de una empresa no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones de Seguridad Social del anterior. Por su parte, el artículo 127.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), señala que en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión. Y, finalmente, según estipula el artículo 104 de la LGSS, en orden a la cotización, la responsabilidad solidaria por sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio que se establece en el citado artículo 127 se extiende a la totalidad de las deudas generadas con anterioridad al hecho de la sucesión.

Por lo tanto, conforme a la normativa supraindicada, «NEW INTERCAR, S.L.», es responsable solidaria de las deudas por cotización de su antecesora. El artículo 13 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, dispone que «cuando concurran hechos, negocios o actos jurídicos que determinen la responsabilidad solidaria de varias personas, físicas o jurídicas o entidades sin personalidad, respecto de deudas con la Seguridad Social, podrá dirigirse reclamación de deuda o acta de liquidación contra todos o contra cualquiera de ellos», por lo que podemos afirmar que la TGSS podrá reclamar esas cuotas impagadas de «INTERAUTO, S.L.» a «NEW INTERCAR, S.L.».

En cuanto al acto administrativo de liquidación, la empresa «INTERAUTO, S.L.», únicamente ingresó, durante los diez primeros meses del ejercicio 2005, la cuota obrera y las cuotas de AT/EP, amparada por la posibilidad que le permite el artículo 37 de la Orden TAS/1562/2005, de 25 de mayo, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, de efectuar el ingreso separado de la cuota obrera cuando prevea la imposibilidad de ingresar dentro del plazo reglamentario la totalidad de las cuotas debidas.

Ahora bien, ese ingreso separado de la cuota obrera tiene carácter de «ingreso a cuenta» de la totalidad de la deuda, la cual no se entenderá satisfecha a ningún efecto hasta que se ingrese la cuota patronal; hasta entonces, la empresa en cuestión seguirá sin estar al «corriente de pago».

Por lo tanto, el hecho de que «INTERAUTO, S.L.», haya presentado los documentos de cotización pero haya ingresado únicamente las mencionadas cuotas en plazo reglamentario (el mes siguiente al que corresponda su devengo, a tenor del art. 56 del RD 1415/2004), supone que finalizado ese plazo, no se encuentre al «corriente de pago» y que la TGSS proceda a reclamar el importe debido.

Sin embargo, debemos acudir al artículo 85.1 del Real Decreto 1415/2004, en virtud del cual se habría dictado providencia de apremio contra la empresa, sin previa reclamación de deuda o acta de liquidación, dado que se trata de un supuesto de falta de ingreso de cuotas respecto de trabajadores dados de alta e incluidos en documentos de cotización presentados en plazo reglamentario, cuando la deuda está correctamente liquidada.

Por otro lado, y como resultado de la responsabilidad solidaria de «NEW INTERCAR, S.L.», antes abordada, para determinar el acto administrativo de liquidación contra ella debemos citar el artículo 13 del Real Decreto 1415/2004, que señala que «cuando el deudor hubiera presentado los documentos de cotización dentro del plazo reglamentario de ingreso (sin haberlo efectuado) o cuando ya se hubiese emitido reclamación de deuda o acta de liquidación contra él, la TGSS sólo podrá exigir dicha deuda a otro responsable solidario mediante reclamación de deuda por derivación o lo hará, en su caso, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social mediante acta de liquidación».

El supuesto planteado no se corresponde con ninguna de las posibilidades que figuran en el artículo 31 de la LGSS y el artículo 65 del Real Decreto 1415/2004 para la formulación de actas de liquidación, y sí con el artículo 30.1 de la LGSS (habida cuenta de que en principio cabe reclamación de deuda cuando la TGSS cuenta con medios para la determinación de la misma) por lo que entendemos que será una reclamación de deuda por derivación la que la TGSS emita contra «NEW INTERCAR, S.L.».

Esta reclamación comprenderá (art.13.3 del RD 1415/2004) el principal de la deuda y los recargos e intereses que se hubieran devengado al momento de su emisión, en el procedimiento recau-

datorio seguido contra «INTERAUTO, S.L.», incluyendo, asimismo las costas que se hubieran generado para el cobro de la deuda.

El artículo 27 de la LGSS y el artículo 10 del Real Decreto 1415/2004 señalan que transcurrido el plazo reglamentario para el pago de las cuotas a la Seguridad Social sin ingreso de las mismas, si el sujeto responsable hubiera presentado los documentos de cotización (como en nuestro caso), el recargo oscilará en función del período en el que se abonen las cuotas debidas. Si nos atenemos al mes de enero 2005, por ejemplo, el plazo reglamentario para que «INTERAUTO, S.L.», ingresase las cuotas se corresponde con el mes siguiente al que corresponda su devengo (febrero 2005), y dado que el impago de parte de esa cuota continúa en junio 2005 (recordemos la primera providencia de apremio, notificada el 15 de ese mes), quedaríamos encuadrados dentro del art. 27.1.1 d) de la LGSS: «recargo del 20% de la deuda, si se abonasen las cuotas debidas a partir del tercer mes siguiente al vencimiento del plazo reglamentario»; lo que nos da una idea de los recargos devengados al momento de la emisión de la reclamación de deuda por derivación y que serán exigidos a «NEW INTERCAR, S.L.».

El artículo 28 de la LGSS (desarrollado por el art. 11 del RD 1415/2004) dispone además que serán exigibles intereses de demora (constituido por el interés legal del dinero vigente en cada momento del período de devengo, incrementado en un 25%) si no se hubiese abonado la deuda una vez transcurridos 15 días desde la notificación de la providencia de apremio; intereses de demora devengados en el procedimiento recaudatorio seguido contra «INTERAUTO, S.L.» y que le serán exigidos a su responsable solidario, «NEW INTERCAR, S.L.».

Sin embargo, debemos señalar que, como luego abordaremos a lo largo de la segunda cuestión, la declaración de concurso supuso la suspensión del procedimiento recaudatorio desde la notificación de la providencia de apremio, dejando de devengarse los intereses correspondientes.

Finalmente, debemos hacer alusión al artículo 46 del Real Decreto 1415/2004 en el que se estipula la posibilidad de interponer, como medios de impugnación, el recurso administrativo de alzada y el recurso contencioso-administrativo, contra los actos de gestión recaudatoria de la TGSS, dictados tanto en período voluntario como en vía de apremio. La interposición por «NEW INTERCAR, S.L.», de recurso administrativo sólo suspenderá el procedimiento recaudatorio si nuestro recurrente garantiza con aval o procede a la consignación a disposición de la TGSS del importe de la deuda exigible (incluidos los recargos, intereses y las costas del procedimiento).

2. ¿Tiene alguna incidencia la existencia del procedimiento concursal sobre la iniciación y el desarrollo del procedimiento de apremio seguido contra «INTERAUTO, S.L.»?

El artículo 55.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, dispone que «declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso (...)».

El artículo continúa en su segundo apartado señalando que «las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos».

El propio artículo 50.2 del Real Decreto 1415/2004 estipula que, «si no se hubiese dictado providencia de apremio cuando se declare el concurso, se seguirá el procedimiento recaudatorio establecido en este reglamento hasta la notificación de dicha providencia, cuando proceda, suspendiéndose cualquier actuación ejecutiva posterior a resultas de lo que se acuerde en el procedimiento concursal».

«INTERAUTO, S.L.», es declarada en concurso el 1 de junio 2005, 15 días antes de la primera providencia de apremio emitida. Por lo tanto, tras la notificación de la misma el 15 de junio, quedará en suspenso el procedimiento de apremio seguido contra la empresa hasta tanto no se resuelva el procedimiento concursal.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 55.3 de la Ley Concursal, «las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho», por lo que podemos confirmar la nulidad tanto de la diligencia de embargo (emitida el 30 de septiembre de 2005) como de la convocatoria de subasta para el 15 de abril de 2006.

3. ¿Se deben abonar las vacaciones de don Jacinto Céspedes y cotizar por ellas a la Seguridad Social?

Con carácter general, el disfrute de vacaciones no puede sustituirse por prestación económica alguna (conforme estipula el art. 38.1 del ET), salvo cuando el contrato de trabajo se hubiera extinguido antes de la fecha fijada para el período vacacional sin que se hubieran disfrutado las vacaciones correspondientes. En este caso, se genera un derecho a compensación económica proporcional a la duración de la prestación de servicios en el año de referencia. Así pues, entendemos que deben ser abonadas las vacaciones de don Jacinto.

Esta retribución económica por vacaciones no disfrutadas estará sujeta a cotización a la Seguridad Social, como así señala el artículo 109 de la LGSS y la disposición adicional 2.ª de la Orden TAS/29/2006, de 18 de enero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional. Los preceptos señalados disponen que «las percepciones correspondientes a vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas, y que sean retribuidas a la finalización de la relación laboral, serán objeto de liquidación y cotización complementaria a la del mes de la extinción del contrato», durante los días de duración de las mismas, «aun cuando alcancen también el siguiente mes natural o se inicie una nueva relación laboral durante los mismos, sin prorrateo alguno y con aplicación, en su caso, del tope máximo de cotización correspondiente al mes o meses que resulten afectados».

Por otro lado, el artículo 125.1 de la LGSS (redactado conforme a la Ley 45/2002) dispone que no sólo existe la obligación de cotizar por dicho período de vacaciones no disfrutadas de don Jacinto, sino que ese plazo será computado como situación asimilada a la del alta, con cotizaciones a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social, salvo en lo que respecta al subsidio por «riesgo durante el embarazo».

Debemos mencionar finalmente que don Jacinto solicita tras su despido la prestación por desempleo, por lo que, conforme estipula el artículo 209.3 de la LGSS, en este supuesto de período de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas con anterioridad a la finalización de la relación labo-

ral, «la situación legal de desempleo y el nacimiento del derecho a las prestaciones se producirá una vez transcurrido dicho período, siempre que se solicite dentro del plazo de los 15 días siguientes a la finalización de la misma».

El artículo 210.4 de la LGSS añade que ese período de vacaciones, al que se refiere el artículo 209.3 de la LGSS, computará como período de cotización a los efectos previstos en el artículo 210.1 de la LGSS (relativos a la duración de la prestación de desempleo) y en el artículo 216.2 (relativos a la duración del subsidio), y que durante dicho período «se considerará al trabajador en situación asimilada a la de alta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 125.1 de esta ley».

4. ¿Es correcto el encuadramiento de Ramiro Pascual? Actuaciones administrativas que proceden.

Debemos señalar, a modo introductorio, que la existencia de forma societaria y de un contrato de trabajo pueden enmascarar, en ciertas ocasiones, la realidad de las personas que poseen un control efectivo de las empresas en cuanto a su situación a efectos de Seguridad Social, siendo necesario «levantar el velo» y descubrir su posición real.

La disposición adicional 27.ª de la LGSS señala que estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos (RETA) quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquélla; entendiéndose, en todo caso, que se produce tal circunstancia cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social.

El enunciado señala que don Ramiro figura como administrador único de «NEW INTERCAR, S.L.», y que ostenta la titularidad del 60 por 100 del capital social, por lo que entendemos que posee ese control efectivo y debe quedar encuadrado en el RETA.

Por lo tanto, será la TGSS de oficio, previa comprobación del incorrecto encuadramiento de nuestro sujeto en el Régimen General, la que proceda a darle de alta en el Régimen Especial indicado, con una serie de efectos que se detallan en el artículo 60.2 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

Conforme a lo que estipula el mencionado artículo, el alta indebida en un Régimen del sistema de la Seguridad Social de personas incluidas en el campo de aplicación de otro Régimen distinto, como en nuestro caso, será válida hasta la fecha que se fije en la resolución administrativa que declare indebida el alta anterior y, en su defecto, hasta el último día del mes de su notificación. Según desarrolla el propio artículo, las cotizaciones efectuadas por don Ramiro conforme a las normas del Régimen General (en el que el alta se declara indebida) serán computadas recíprocamente, a efectos de la protección que corresponda, con las de su Régimen de inclusión procedente (el RETA).

Debemos hacer alusión al artículo 14.4 Orden TAS/29/2006, en virtud del cual, trabajadores como don Ramiro cuyo alta en el RETA se haya practicado de oficio, como consecuencia a su vez,

de una baja de oficio en el RGSS (o en otro Régimen de trabajadores por cuenta ajena), podrán optar, cualquiera que sea su edad en el momento de causar alta, entre mantener la base de cotización por la que venían cotizando en el Régimen en que causaron baja, o elegir una base de cotización aplicando las reglas generales, a tales efectos, en aquel Régimen Especial.

Finalmente, del enunciado parece desprenderse que «NEW INTERCAR, S.L.», comenzó su actividad en noviembre de 2005, puesto que presenta la inscripción como empresa en la TGSS el día 1 de ese mes, mientras que el interesado aparece en alta en el Régimen General desde el día 1 de marzo de 2006; por lo que, durante ese período de cinco meses de duración, don Ramiro no se encontró en alta en régimen alguno.

A tales efectos, entendemos que será la TGSS (amparada por el art. 29.1.3.º del RD 84/1996) la que proceda a efectuar de oficio el alta del interesado en el RETA por ese período, surtiendo efectos desde el día primero del mes natural en que resulte acreditada la concurrencia de los requisitos para la inclusión en este Régimen Especial (1 noviembre 2005), como así señala el artículo 47.1.2.º del Real Decreto 84/1996.

Sin perjuicio de las sanciones administrativas que procedan contra don Ramiro, las cotizaciones correspondientes al período 1 de noviembre de 2005/28 de febrero de 2006 le serán exigibles [por medio de la preceptiva acta de liquidación, a tenor del art. 31.1 a) de la LGSS y del art. 65.1 a) del RD 1415/2004] y producirán efectos en orden a las prestaciones una vez hayan sido ingresadas, con los recargos que correspondan, en virtud del artículo 47.1 del Real Decreto 84/1996.

5. El funcionario actuante, ¿puede dar a don Iker Pascual la información solicitada?

Debemos señalar que sí se le deberá facilitar a don Iker la información solicitada relativa a su propio encuadramiento en la Seguridad Social, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14.2 de la LGSS, en virtud del cual «los empresarios y los trabajadores tendrán derecho a ser informados por los correspondientes organismos de la Administración de la Seguridad Social acerca de los datos a ellos referentes que obren en los mismos». Entendemos que el funcionario actuante procederá a informar a nuestro sujeto, abogado en un despacho profesional, sobre su encuadramiento, teniendo en cuenta lo dispuesto al respecto en la normativa contenida en la disposición adicional 1.ª de la Ley 22/2005, de 18 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español diversas directivas comunitarias en materia de fiscalidad de productos energéticos y electricidad y del régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, y se regula el régimen fiscal de las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones en el ámbito de la Unión Europea, sobre «relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos, individuales o colectivos»; en la Resolución de 21 de noviembre de 2005, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, por la que se imparten instrucciones para la inclusión en el RGSS de los abogados que mantienen relación laboral de carácter especial, en aplicación de lo previsto en la disposición adicional 1.ª de la Ley 22/2005, modificada por Resolución del mismo centro directivo de 30 de diciembre de 2005, y en la disposición adicional 70.ª de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006.

Conforme a esta normativa, no varía la situación de quienes vinieran desarrollando su actividad por cuenta propia, asociados a un colegio profesional, que pueden optar por el RETA o la Mutualidad de la Abogacía. Sin embargo, aquellos abogados que desempeñen un trabajo profesional por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del titular de un despacho de abogados, tendrán la consideración de relación laboral de carácter especial y debieron ser dados de alta en el RGSS el 1 de febrero de 2006. Al margen de esta relación laboral especial, aquellos que presten servicios profesionales por cuenta ajena para un empresario no titular de un despacho de abogados, también quedan encuadrados en el RGSS.

Siguiendo con la normativa supraindicada, en el caso de que don Ramiro ejerza la profesión por cuenta propia, ya sea como titular de un despacho o asociado con otro, le será de aplicación lo establecido en la disposición adicional 15.ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervición de los Seguros Privados (en la redacción dada por el art. 33 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre). Finalmente, si nuestro sujeto figura como administrador de un despacho colectivo constituido como sociedad mercantil capitalista, simultaneándolo con su actividad como abogado por cuenta de la sociedad, quedará encuadrado en el RGSS como asimilado a trabajadores por cuenta ajena (con exclusión de la protección por desempleo y del FOGASA).

En cuanto a la información solicitada sobre la forma de regularizar las deudas de la empresa con la Seguridad Social, acudimos al artículo 66 de la LGSS, que señala que los datos, informes, o antecedentes obtenidos por la Administración de la Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones tienen carácter reservado y sólo podrán utilizarse para los fines encomendados a las distintas entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, y con una serie de salvedades que no guardan relación con nuestro supuesto. El personal al servicio de la Seguridad Social estará sujeto a un estricto y completo sigilo respecto de esos datos, deber cuya infracción se considerará siempre falta disciplinaria muy grave.

Creemos por tanto que la mera manifestación de don Iker como representante de la empresa no sería motivo suficiente para que el funcionario actuante facilitara la información solicitada sobre «NEW INTERCAR, S.L.», habida cuenta de la reserva de datos dispuesta en el artículo 66 de la LGSS antes desarrollado. Y sólo en el supuesto de que el interesado acreditase la representación mediante documento suficiente se le podría facilitar tal información.

SUPUESTO 2

1. Análisis de la situación de don Luis Pascual y don Ángel García así como de la empresa durante la vigencia del contrato de relevo y del contrato a tiempo parcial del relevista.

Don Luis solicita la pensión de jubilación parcial a la edad de 62 años. El artículo 9 del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, considera como tal «la iniciada después del cumplimiento de los 60 años, simultánea con un contrato de trabajo a tiempo parcial y vinculada o no con un contrato de relevo, de conformidad con los artículos 166 de la LGSS y 12.6 del ET».

Debemos, por tanto, analizar esta situación haciendo referencia, por un lado, al derecho laboral, regulado en el artículo 12.6 del ET, y, por otro, al derecho de Seguridad Social, desarrollado en el artículo 166 de la LGSS y el Real Decreto 1131/2002.

El artículo 12.6 del ET entiende como contrato a tiempo parcial el celebrado por don Luis, a saber, «el celebrado por el trabajador que concierte con su empresa una reducción de su jornada de trabajo y de su salario de entre un mínimo de un 25 por 100 y un máximo de un 85 por 100 de aquéllos, cuando reúna las condiciones generales exigidas para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social con excepción de la edad, que habrá de ser inferior en, como máximo, cinco años a la exigida (…) La ejecución de este contrato de trabajo a tiempo parcial y su retribución serán compatibles con la pensión que la Seguridad Social reconozca al trabajador en concepto de jubilación parcial».

Al no haber alcanzado don Luis aún la edad de jubilación, el artículo 12.6 del ET añade que «la empresa deberá celebrar simultáneamente un contrato de trabajo con un trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada, con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente». Este contrato se denomina contrato de relevo.

Por su parte, el artículo 166.2 de la LGSS permite acceder a la jubilación parcial a los trabajadores que reúnan las condiciones para tener derecho a la pensión de jubilación con excepción de la edad, con un mínimo de 60 años, siempre que reúnan las condiciones del artículo 12.6 del ET.

Por tanto, los requisitos que debe acreditar don Luis para poder acceder a la pensión de jubilación parcial son los siguientes:

- Concertar con la empresa un contrato a tiempo parcial, reduciendo la jornada y el salario entre un 25 por 100 y un 85 por 100. Se nos indica que don Luis efectivamente celebra dicho contrato y realiza el 15 por 100 de la jornada que venía realizando anteriormente, lo cual significa que la reduce un 85 por 100, hallándose dicho porcentaje comprendido dentro de la horquilla señalada por el artículo 12.6 del ET.
- Haber cumplido una edad mínima de 60 años. Don Luis tiene 62.
- Reunir el resto de requisitos para acceder a la pensión de jubilación contributiva, es decir, estar afiliado y en alta y acreditar un período mínimo de cotización de 15 años y 2 en los 15 años inmediatamente anteriores al hecho causante. Don Luis cumple estos requisitos.
- Al no tener la edad de jubilación ordinaria, es decir, 65 años, se exigirá además que la empresa celebre un contrato de relevo, condición cumplida al contratar a don Ángel, un trabajador desempleado.

Concluimos, pues, que don Luis puede acceder a la pensión de jubilación parcial al reunir todos los requisitos exigidos para ello, entendiéndose producido el hecho causante de dicha pensión, de acuerdo con el artículo 11 del Real Decreto 1131/2002, el día del cese en la jornada de trabajo anterior, que del enunciado parece deducirse que es el 30 de octubre de 2005.

En relación a la cuantía de la pensión, ésta se calcula conforme a las reglas generales de la pensión de jubilación ordinaria, aplicándose posteriormente a dicha cuantía el porcentaje de reducción de jornada, tal y como señala el artículo 12 del Real Decreto 1131/2002.

La pensión de jubilación ordinaria se calculará aplicando un porcentaje a la base reguladora. Dicha base, de acuerdo con el artículo 162 de la LGSS, será el cociente que resulte de dividir por 210 las bases de cotización de los 180 meses inmediatamente anteriores al hecho causante, tomándose los últimos 24 meses en su valor nominal y actualizándose los restantes según la evolución del IPC desde el mes a que aquéllos correspondan hasta el mes vigésimo quinto. El porcentaje aplicable a la base reguladora estará en función de los años de cotización acreditados por don Luis en el momento del hecho causante, teniendo en cuenta que a efectos de porcentaje no se aplican coeficientes reductores con menos de 65 años.

El importe de la pensión, calculada de acuerdo con lo señalado anteriormente, no podrá ser inferior a la cuantía que resulte de aplicar el porcentaje de reducción de jornada al importe de la pensión mínima vigente en cada momento para los jubilados mayores de 65 años, de acuerdo con las circunstancias familiares del jubilado.

En cuanto a sus efectos económicos, el artículo 13 del Real Decreto 1131/2002 señala que se producirán el día siguiente del hecho causante, es decir, el 31 de diciembre de 2005 en este caso, extinguiéndose la pensión con el fallecimiento de don Luis el 31 de diciembre del mismo año.

Por último, debemos hacer un breve comentario respecto a la cotización de don Luis durante la percepción de la pensión de jubilación parcial. De acuerdo con la disposición adicional 7.ª LGSS sobre normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial, la base de cotización estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas. Consecuentemente, si el trabajador se jubila parcialmente cotizará a tiempo parcial, por lo que tendrá una base de cotización reducida. Sin embargo, en el caso de don Luis nos llama la atención la reducción que ha sufrido su base. Si el salario debería reducirse en un 85 por 100, no vemos correspondencia entre la reducción que debería haber experimentado la base de cotización (el citado 85%) y la que efectivamente experimenta (aproximadamente un 45%).

En este caso, por tanto, podríamos entender que don Luis está llevando a cabo una cotización conforme a una base superior a la que correspondería. En tal caso se estaría produciendo un ingreso indebido que, de conformidad con el artículo 23 de la LGSS y el artículo 44 del Real Decreto 1415/2004 daría lugar al nacimiento de un derecho a la devolución del importe del ingreso que por error se ha realizado, derecho que prescribirá a los 4 años a contar desde el día siguiente al ingreso. Las devoluciones de ingresos indebidos incluirán el interés de demora previsto en el artículo 28.3 de la LGSS desde la fecha de su ingreso en la TGSS hasta la fecha de la propuesta de pago.

Por otro lado, analizamos la situación de don Ángel. El contrato de relevo debe celebrarse con un desempleado o con un trabajador que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada. Dado que don Ángel es un trabajador en situación de desempleo, dicho contrato de relevo está correctamente formalizado.

Posteriormente, el fallecimiento de don Luis lleva a la empresa a extinguir dicho contrato de relevo, lo cual es lícito en base a la vinculación de este contrato con la situación de jubilación parcial

de otro trabajador. Al extinguirse el contrato a tiempo parcial de don Luis por su fallecimiento, la pervivencia del contrato de relevo no tendría justificación, pues su finalidad es sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente, viéndose frustrada dicha finalidad al extinguirse el contrato a tiempo parcial.

2. ¿Es procedente el recargo de prestaciones? En caso afirmativo, ¿quién sería responsable del mismo?

En relación a la cuestión de la procedencia del recargo de prestaciones, el artículo 123.1 de la LGSS señala que todas las prestaciones económicas que tengan su causa en un accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100 cuando la lesión se produzca por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo.

El supuesto de hecho nos indica que el andamio desde el que cayó don Luis carecía de las obligatorias barreras de protección. Por tanto, la mera consideración del accidente sufrido como accidente de trabajo, de conformidad con el artículo 115 de la LGSS, desencadenará la imposición del recargo sobre las prestaciones en el porcentaje correspondiente.

El artículo 115.4 b) de la LGSS excluye del concepto de accidente de trabajo el debido a dolo o imprudencia temeraria del trabajador. La imprudencia a la que alude este precepto se refiere a la extraprofesional, una imprudencia ajena al hábito del trabajo, que implique omisión de la diligencia más elemental, y que imputable plenamente al lesionado excluye la protección de accidente de trabajo. Al no reunir estas características la imprudencia en que incurrió don Luis no podemos negar la consideración del accidente como accidente de trabajo. Es más, el artículo 115.5 a) de la LGSS incluye como accidente de trabajo el debido a la imprudencia profesional que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira, imprudencia que apreciamos en la conducta de don Luis al no utilizar el casco.

Sin embargo, el hecho de que las consecuencias del accidente se agravaran por no llevar don Luis el casco nos podría llevar a plantearnos una posible exoneración de la responsabilidad empresarial en cuanto al recargo de las prestaciones. En principio, la jurisprudencia señala que no procede el recargo cuando la imprudencia del trabajador es la causante del accidente rompiendo el nexo causal, si bien no se exonera de responsabilidad al empresario si la conducta imprudente del trabajador no rompe el nexo causal entre la infracción empresarial de la norma de seguridad y el accidente sufrido (STS 6/5/1998). En estos casos sólo se podría atenuar o disminuir el porcentaje de recargo, pero no exonerar de responsabilidad al empresario por no vigilar, en este caso, la utilización por don Luis del casco.

En cuanto a la determinación del porcentaje, el artículo 27 del Real Decreto 928/1998 atribuye a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la legitimación para iniciar el procedimiento administrativo para declarar la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, proponiendo el porcentaje de incremento que estime procedente. Por su parte, el artículo 1 e) del Real Decreto 1300/1995, referente a las competencias del INSS en materia de incapacidades laborales, atribuye a dicho Instituto la facultad de declarar la responsabilidad empresarial que proceda por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, así como determinar el porcentaje en que hayan de aumentarse las prestaciones económicas.

En relación a la cuestión de quién sería el responsable del recargo, el artículo 123.2 de la LGSS hace recaer dicha responsabilidad directamente sobre el empresario infractor, sin que pueda ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto que se realice para cubrirla. Por tanto, en este caso el responsable directo será la empresa «RUIFER, S.A.» y no la aseguradora «COMPAÑÍA, S.A.», pues la póliza suscrita con la misma no puede cubrir el recargo, siendo nulo cualquier pacto en este sentido, como acabamos de señalar.

Por último, debemos mencionar que la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales declara compatible dicho recargo con las responsabilidades administrativas o sanciones correspondientes.

3. Derechos a pensión de Seguridad Social de doña Esther Moreno y de doña Teodora Andúrez.

Don Luis estuvo casado con doña Esther, de la que se divorció el 31 de diciembre de 1983, y posteriormente con doña Teodora, de la que se separó el 31 de diciembre de 2003. El fallecimiento de don Luis el 31 de diciembre de 2005, fecha en que se fija el hecho causante a efectos de prestaciones por muerte y supervivencia, generará derecho a pensión de viudedad a favor de doña Esther y doña Teodora siempre que don Luis cumpla los requisitos necesarios para poder causar derecho a dichas prestaciones.

En cuanto a la situación de don Luis, al compatibilizar la pensión de jubilación parcial con un contrato a tiempo parcial, se nos suscita la duda de si se trata de un pensionista de jubilación o bien un trabajador afiliado y en alta. Para resolverla podemos tomar el artículo 15 del Real Decreto 1131/2002, que parece indicar que se le considera como activo, al señalar que «si el trabajador, durante la situación de jubilación parcial, falleciera (…) para el cálculo de la base reguladora se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes al período de trabajo a tiempo parcial en la empresa donde redujo su jornada y salario, incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido de haber realizado en la empresa, en dicho período, el mismo porcentaje de jornada desarrollado antes de pasar a la situación de jubilación parcial, y siempre que la misma se hubiese simultaneado con un contrato de relevo». No obstante, debemos tener presente que dicho artículo tan sólo prevé supuestos de contingencias comunes. Sin embargo, como luego veremos más detenidamente, podría utilizarse analógicamente para el caso de accidente de trabajo.

En cuanto a la condición de beneficiarias de doña Esther y doña Teodora, el apartado 2 del artículo 174 de la LGSS contempla los supuestos de separación o divorcio, señalando que el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo, siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio. Por tanto, ambas pueden ser beneficiarias de la pensión.

La pensión de viudedad se calcula aplicando a la base reguladora un porcentaje. En cuanto a la base reguladora, ésta es distinta en función de que el sujeto causante fuera trabajador activo o pensionista de jubilación o de incapacidad permanente. Como anteriormente señalamos, debemos considerar a don Luis trabajador activo, y dado que el fallecimiento se produce por accidente de trabajo,

la base reguladora estará formada por los salarios reales del año anterior al accidente de trabajo. Sin embargo, el expediente n.º 127/2004 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica adopta el criterio de aplicar analógicamente el anteriormente citado artículo 15 del Real Decreto 1131/2002 referido a supuestos de contingencias comunes a un supuesto como éste de accidente de trabajo, por lo que se tomarán los salarios reales del año anterior al accidente elevados al 100 por 100 (ya que don Luis simultaneaba la jubilación parcial con un contrato de relevo).

En cuanto al porcentaje aplicable a la base reguladora, tomamos el general del 52 por 100, pues los datos del enunciado no nos permiten discernir si sería aplicable el del 70 por 100 (para lo cual sería necesario que la pensión de viudedad constituya la principal o única fuente de ingresos del pensionista, que éste tenga cargas familiares, y que los ingresos del pensionista no superen la cuantía resultante de sumar al límite previsto para el reconocimiento de los complementos por mínimos de las pensiones contributivas el importe anual que corresponde a la pensión mínima de viudedad en función de la edad del pensionista). Por tanto, aplicando el 52 por 100 sobre la base reguladora obtenemos la cuantía de la pensión.

Como anteriormente ya señalamos de conformidad con el artículo 174 LGSS, en caso de separación o divorcio la pensión de viudedad se reconocerá en proporción al tiempo vivido con el causante. En la actualidad se aplica la denominada «doctrina atributiva» para el cálculo del porcentaje correspondiente a cada ex-cónyuge, desarrollada por la Circular del INSS 2/1997. Al concurrir en este caso dos beneficiarias, éstas obtendrán la pensión en proporción al tiempo de convivencia matrimonial (la pensión no se reconoce completa). Dicha Circular establece que «se entenderá por tiempo convivido con el causante el transcurrido desde la celebración del matrimonio hasta la fecha de efectos de la separación judicial, del divorcio o de la nulidad declarados por sentencia firme». Además, precisa que «la proporcionalidad se determinará tomando como módulo temporal de referencia el período transcurrido desde la fecha del primer matrimonio hasta el fallecimiento del causante», es decir, 38 años en este caso. Planteando una regla de tres resolvemos que si dichos 38 años representan el 100 por 100, los 16 años de matrimonio de doña Esther con don Luis suponen un 42,1 por 100 de la pensión; por su parte, los 14 años de matrimonio de doña Teodora con don Luis representan un 36,8 por 100.

Por tanto, doña Esther y doña Teodora percibirán el 42,1 por 100 y el 36,8 por 100 de la pensión de viudedad, respectivamente.

No obstante, en este supuesto de concurrencia de dos beneficiarias de la pensión de viudedad, en el caso de que alguna de las dos pensionistas, tratándolas por separado, reuniera los requisitos necesarios para incrementar el porcentaje aplicable al 70 por 100, la Circular del INSS n.º 4/2003, de 8 de septiembre, prevé que, «calculadas las pensiones teóricas de cada beneficiario por separado, se aplicará a la cuantía resultante el porcentaje que corresponda al tiempo de convivencia matrimonial con el fallecido, de acuerdo con las reglas establecidas en la Circular n.º 2/1997, de 20 de febrero, sobre cuantía de la pensión de viudedad en los supuestos de separación, divorcio y nulidad».

Por último, hemos de hacer una breve referencia a la posibilidad de pensión mínima. En aplicación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de separación, nulidad y divorcio, cuando se tenga reconocida una parte proporcional de la pensión de viudedad, el complemento

por mínimo a aplicar, en su caso, lo será en la misma proporción que se tuvo en cuenta para el reconocimiento de la pensión.

Tiempo más tarde, el 22 de marzo de 2006, doña Esther cumple 65 años, por lo que debemos plantearnos la posibilidad de que le sea reconocido el derecho a la pensión de vejez del SOVI, dado que trabajó por cuenta ajena entre 1960 y 1968. Los requisitos que tendría que cumplir doña Esther para ello son los siguientes:

- Tener cumplidos 65 años de edad (o 60 para el supuesto de Vejez por Invalidez, supuesto no aplicable en este caso). Doña Esther cumple 65 años el 22 de marzo de 2006.
- Tener cubiertos 1.800 días de cotización a los extinguidos Regímenes de vejez en el período comprendido entre 1940 y 1967. Doña Esther también cumple este requisito.
- No tener derecho a ninguna otra pensión a cargo de los Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social española, salvo la pensión de viudedad, que la Ley 9/2005, de 6 de junio, expresamente ha declarado compatible con las pensiones del SOVI. También doña Esther cumpliría este requisito.

Por tanto, a partir del 23 de marzo de 2006 (día siguiente al cumplimiento de los 65 años), doña Esther podría compatibilizar la pensión de vejez del SOVI con la pensión de viudedad del sistema, o bien desde el primer día del mes siguiente a la solicitud si ésta se hubiera presentado pasados los 30 días siguientes al día del cumplimiento de los 65 años.

No obstante, la disposición transitoria 7.ª de la LGSS establece un límite máximo de cuantías al señalar que «cuando concurran la pensión de viudedad y la del SOVI, su suma no podrá ser superior al doble del importe de la pensión mínima de viudedad para beneficiarios con 65 o más años que esté establecido en cada momento. Caso de superarse dicho límite, se procederá a la minoración de la cuantía de la pensión del SOVI, en el importe necesario para no exceder del límite indicado».

Por otra parte, en el caso de que la pensión de viudedad hubiera generado derecho a complemento por mínimos, don José Antonio Panizo Robles afirma en el estudio titulado «El Parlamento mejora (directamente) la protección social (las modificaciones recientes en la cobertura no contributiva del sistema de la Seguridad Social)» publicado en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núms. 269-270 (agosto-septiembre/2005), que «al serle reconocida al pensionista una nueva pensión pública, la continuación en la percepción del complemento a mínimo vendrá condicionada a que la suma de la pensión de viudedad (sin el complemento a mínimo) y la pensión SOVI no superen la cuantía de la pensión mínima, ya que, en caso de superar ese importe, no se genera el derecho a percibir el complemento indicado».

Por último, debemos hacer alusión a otras prestaciones que origina la muerte de don Luis. Por un lado, el auxilio por defunción, que aplicando la presunción de que los gastos del sepelio han sido asumidos por el cónyuge supérstite y en su defecto por los hijos, no corresponderá a doña Esther ni a doña Teodora, salvo que aportaran factura que constate el pago, sino a alguno de sus hijos, en la cuantía de 30,05 €. Por otra parte, al producirse el fallecimiento por accidente de trabajo, se genera el derecho de doña Esther y doña Teodora a una indemnización a tanto alzado de seis mensualidades

de la base reguladora de la pensión de viudedad, que de acuerdo con el artículo 177 de la LGSS, en caso de separación o divorcio se percibirá en proporción al tiempo vivido con el causante en la forma antes determinada.

4. Con excepción de las indemnizaciones a tanto alzado y/o de cuantía única, derechos a prestaciones de Seguridad Social de los demás familiares de don Luis Pascual.

Comenzamos analizando las prestaciones a las que tendrá derecho su hijo Pedro, el cual tiene 34 años y percibe una pensión por invalidez no contributiva al presentar un grado de minusvalía del 70 por 100.

Examinamos, en primer lugar, la posibilidad de generar derecho a una asignación económica por hijo a cargo. De acuerdo con el artículo 182.1 de la LGSS, los padres de Pedro habrían podido ser beneficiarios de dicha asignación económica puesto que:

- Residen legalmente en territorio español.
- Tienen a su cargo un hijo afectado por una minusvalía en un grado igual o superior al 65 por 100.
- No tienen derecho, suponemos, a otra prestación de esta naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social.
- No se les exige límite de recursos económicos al ser Pedro minusválido.

No obstante, el propio Pedro podría ser beneficiario, pues el artículo 182.2 de la LGSS señala que serán también beneficiarios de las asignaciones que en razón de ellos corresponderían a sus padres, los hijos minusválidos mayores de 18 años que no hayan sido incapacitados judicialmente y conserven su capacidad de obrar.

Sin embargo, el artículo 189.3 de la LGSS declara incompatible la percepción de la asignación económica por hijo a cargo con la condición del hijo de pensionista de invalidez en la modalidad no contributiva, de ahí que del enunciado se deduzca que Pedro optó por la pensión de invalidez.

Por otra parte, analizamos el derecho a la pensión de orfandad que generaría a favor de Pedro el fallecimiento de don Luis. El artículo 175 de la LGSS considera beneficiarios a los hijos del causante que sean menores de 18 años o estén incapacitados para el trabajo. El artículo 9 del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, precisa que la reducción de la capacidad de trabajo debe serlo en un porcentaje valorado en un grado de Incapacidad Permanente Absoluta (IPA) o Gran Invalidez (GI). Como antes señalamos, Pedro tiene reconocida una minusvalía en un grado del 70 por 100. Al ser un grado de entidad, suponemos que sería suficiente para cumplir el requisito exigido, si bien deberá ser el INSS quien, a través del EVI, considere ese grado de minusvalía como IPA o GI, de conformidad con el Real Decreto 1300/1995, de

21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. A tal efecto, el artículo 1.1 f) del Real Decreto 1300/1995 dispone que residirá en el INSS la competencia «para evaluar la incapacidad para el trabajo a efectos del reconocimiento de la condición de beneficiario del derecho a las prestaciones económicas por muerte y supervivencia», y el artículo 3.1 e) del Real Decreto 1300/1995, por su parte, asigna a los EVI la función de «examinar la situación de incapacidad del trabajador y formular al Director Provincial del INSS los dictámenes-propuesta en materia de determinación de la incapacidad para el trabajo exigida para ser beneficiario de las prestaciones económicas por muerte y supervivencia».

La cuantía de la pensión de orfandad consiste en el 20 por 100 de la base reguladora, que es la misma de la pensión de viudedad, para cada huérfano, en doce pagas. Al percibir Pedro la pensión en base a su minusvalía, aquélla tendrá la condición de vitalicia, comenzando a percibirla a partir de 1 de junio de 2006. Sin embargo, debemos tener en cuenta que Pedro venía percibiendo una pensión de invalidez no contributiva, la cual, de conformidad con el artículo 179.3 de la LGSS es incompatible con la pensión de orfandad. Sin embargo, esta pensión de orfandad sí es compatible con la asignación económica por hijo a cargo, a resultas del artículo 189.3 de la LGSS. Por todo ello, se debería entrar a valorar si conviene más a los intereses de Pedro percibir únicamente la pensión no contributiva de invalidez, o bien la pensión de orfandad y la asignación económica por hijo a cargo.

En segundo lugar, examinamos si María, también hija de don Luis, tendría derecho a la pensión de orfandad. Como antes indicamos, el artículo 175 de la LGSS reconoce la condición de beneficiario de dicha pensión a los hijos menores de 18 años o mayores con su capacidad de trabajo reducida. María no encaja en ninguno de estos dos supuestos al tener cumplidos 21 años. Sin embargo, en los casos en que el hijo del causante no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o cuando realizándolo los ingresos que obtenga en cómputo anual resulten inferiores al 75 por 100 del Salario Mínimo Interprofesional (SMI), podrá ser beneficiario siempre que sea menor de 22 años (o 24 si no sobreviviera ninguno de los padres). Dado que María no percibe ingreso alguno al ser estudiante, también tendrá derecho a la pensión de orfandad en la cuantía del 20 por 100 de la base reguladora. Sin embargo, en este caso dicho derecho se mantendrá únicamente hasta que María cumpla los 22 años, extinguiéndose en dicho momento, puesto que el artículo 21.1 a) de la Orden de 13 de febrero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del RGSS, establece como causa de extinción de la pensión de orfandad el cumplimiento por parte del beneficiario de la edad mínima prevista en el artículo 175 de la LGSS. Dado que María tiene 21 años, puede que no llegase a devengar doce mensualidades de la pensión. A este respecto, el apartado 2 del artículo anteriormente citado señala que, «si al extinguirse la pensión el beneficiario no ha devengado doce mensualidades de la misma, le será entregada de una sola vez la cantidad precisa para completarlas».

En cuanto al tercero de los hijos de don Luis, Carlos, de 19 años de edad, se nos dice que es trabajador por cuenta ajena y percibe un salario de 6.200 €/año. El mismo argumento que nos llevó a reconocer el derecho a pensión de María nos lleva a denegarlo en este caso, pues Carlos es mayor de 18 años y menor de 22, pero percibe unos ingresos superiores al 75 por 100 del SMI. No obstante, en el momento en que pasara a percibir unos ingresos inferiores, y hasta el cumplimiento de los 22 años, Carlos podría percibir la pensión de orfandad.

Por otra parte, examinamos el derecho de la madre y la hermana de don Luis a pensión a favor de familiares. En cuanto a la madre, ésta deberá reunir los requisitos que el artículo 22 de la Orden de 13 de febrero de 1967 exige como requisitos comunes para los beneficiarios de pensiones a favor de familiares:

- Que convivieran con el causante y a sus expensas, al menos con dos años de antelación al fallecimiento.
- Que no tengan derecho a pensión pública.
- Que carezcan de medios de subsistencia y no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil.

Suponemos que cumple estos requisitos, pero además es necesario que reúna otra serie de condiciones particulares: la madre debe ser viuda, casada cuyo marido sea incapacitado para el trabajo o soltera. Suponiendo que cumpla también estos requisitos, percibirá una pensión de 20 por 100 de la base reguladora, que es la misma que la de viudedad y orfandad.

En relación a la hermana, para que pudiera ser beneficiaria de la pensión a favor de familiares es necesario que el causante tuviera la condición de pensionista, y anteriormente ya señalamos que podíamos deducir que se le consideraba trabajador activo, por lo que descartamos la posibilidad de que la hermana pudiera percibir la pensión. Consecuentemente habría que analizar la posibilidad de que tuviera derecho al subsidio a favor de familiares. El artículo 25 de la Orden de 13 de febrero de 1967 otorga este derecho a los hijos y hermanos que, en la fecha del hecho causante, sean mayores de 12 años, solteros o viudos, y reúnan los requisitos establecidos para nietos y hermanos y anteriormente mencionados como requisitos comunes. Dado que la hermana tiene 60 años y es viuda, y suponiendo que cumple los demás requisitos, tendrá derecho a un subsidio durante doce mensualidades equivalente al 20 por 100 de la base reguladora de la pensión de viudedad.

Por último, debemos tener presente la existencia de un límite previsto en el artículo 179.4 de la LGSS aplicable a las pensiones por muerte y supervivencia, según el cual la suma de las pensiones de viudedad, orfandad y a favor de familiares no debe sobrepasar el 100 por 100 de la base reguladora.

Dado que la hermana no tendrá derecho a pensión a favor de familiares, en el supuesto de que no le fuera concedida a la madre la pensión en favor de familiares, la suma de la cuantía de la pensión de viudedad repartida entre doña Esther y doña Teodora y las dos pensiones de orfandad no excedería del importe de la base reguladora. En caso contrario, es decir, si a la madre le fuera reconocida la pensión, la suma de todas las pensiones sí sobrepasaría dicho límite, por lo que habría que proceder a realizar una reducción, teniendo presente que en este caso se daría prioridad a las pensiones de orfandad sobre las pensión a favor de otros familiares, habida cuenta de que las pensiones de viudedad no son objeto de minoración.